



Cahiers Teutates*

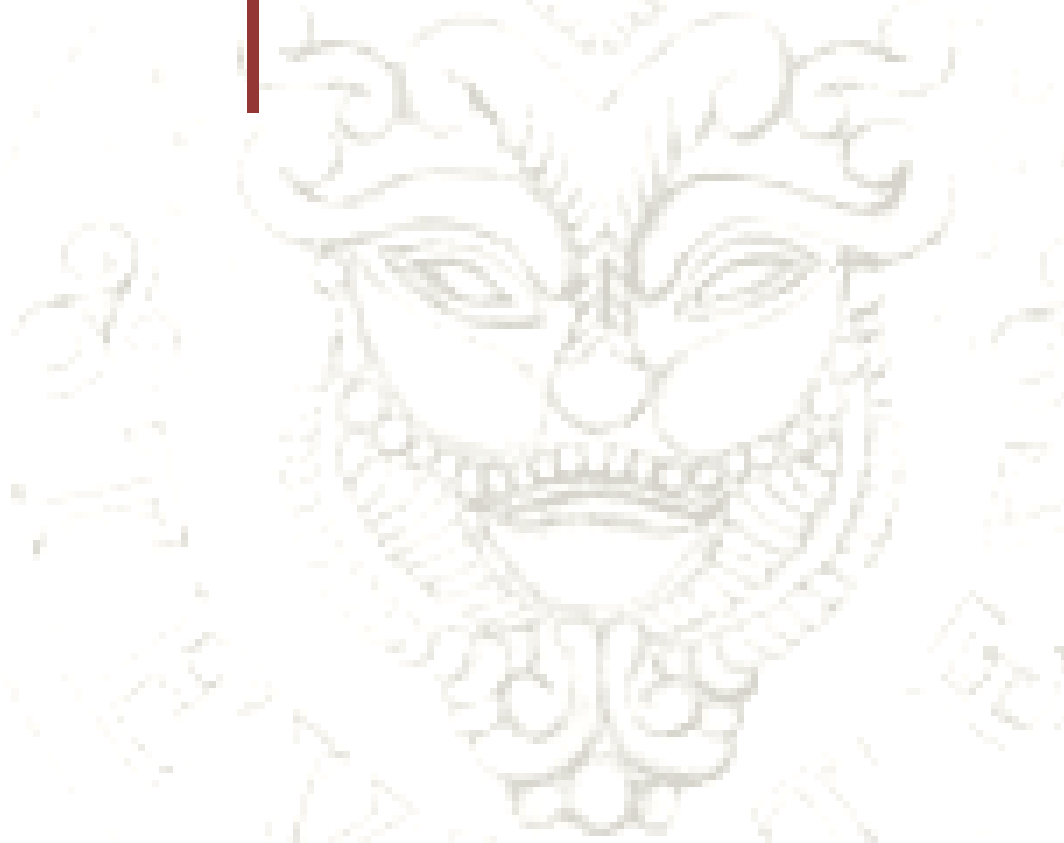
Revue de droit et économie

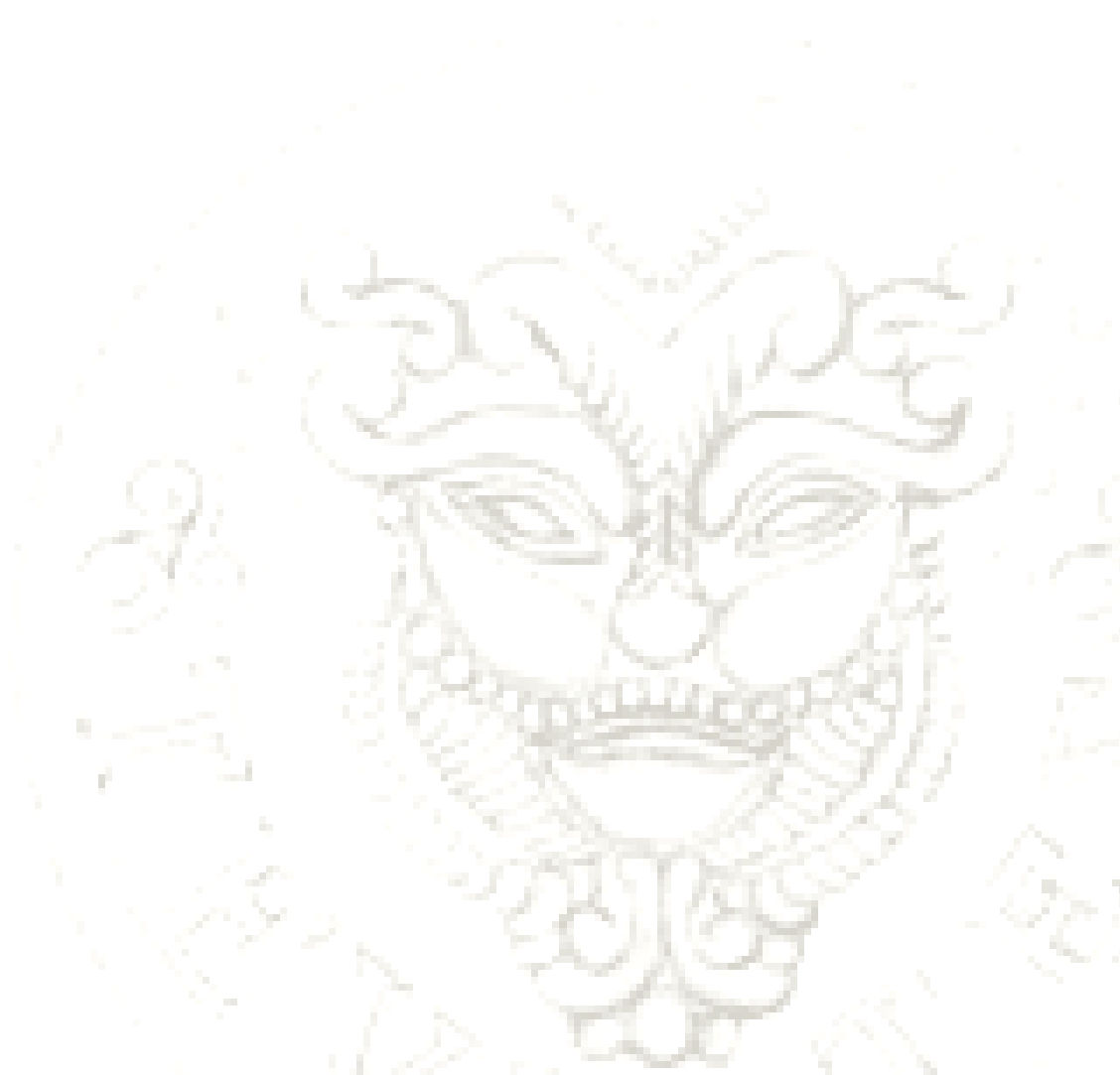
n°1/5 – 2012

***TEUTATES** [teutatès].var. *Toutatis*. ♦1. *Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ».* ♦2. *Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars).* ♦3. *Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).*



Etudes traduction et présentation de « *the path of the law* » de O.W.Holmes
par cathie-sophie Pinat, doctorante contractuelle à la faculté de droit de montpellier







Cahiers Teutates *

Revue de droit et économie

n°1/5 – 2012

***TEUTATES** [tœtatès]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

Les *Cahiers Teutates* c'est une revue éditée et diffusée par le Centre du droit de la consommation et du marché (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »), Faculté de droit et des sciences politiques (Université Montpellier I), 14 rue Cardinal de Cabrières, 34060 Montpellier.



La revue, électronique, est également disponible en format pdf téléchargeable sur le site du Centre de droit de la consommation et du marché (www.cdcp-montpellier.fr), sous la forme de numéros édités au fil de leur publication, et rassemblés deux fois par an. Elle s'accompagne de dossiers ou ouvrages en ligne, les *Cahiers Teutates* et les *Cahiers Tentates*.

La revue est disponible sur papier et brochée sur demande à un prix disponible sur le site.

La revue doit être citée de la manière suivante : *Revue Teutates* ou *Tentates*, n°X/Y, 201Z, p.ii.

rédacteur en chef daniel mainguy, professeur à la faculté de droit de Montpellier

secrétaires de rédaction malo depincé maître de conférences à la faculté de droit de montpellier

julien roque maître de conférences à l'université de grenoble

caroline raja, docteur en droit, chargée de cours à la faculté de droit de montpellier

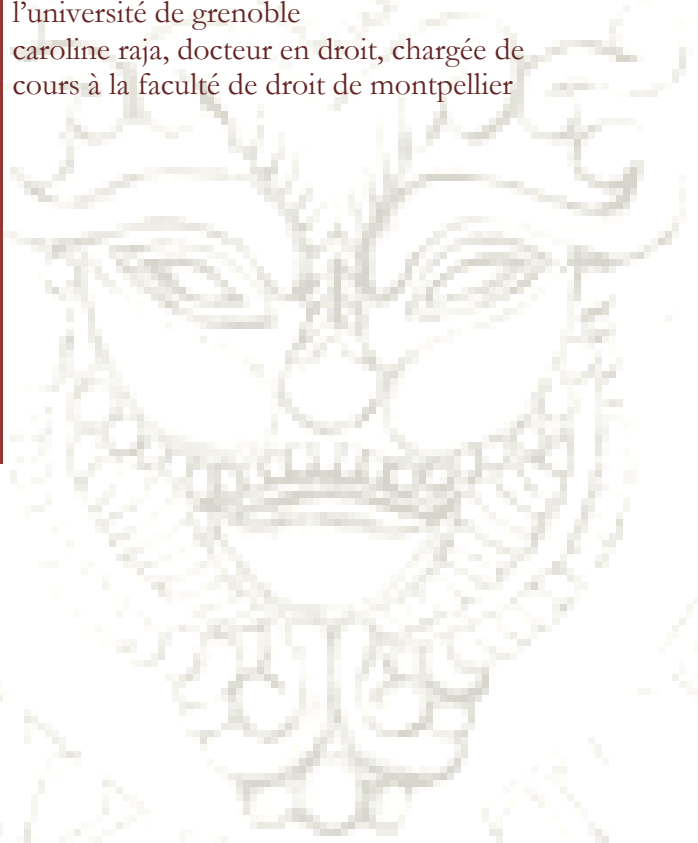
conseil scientifique

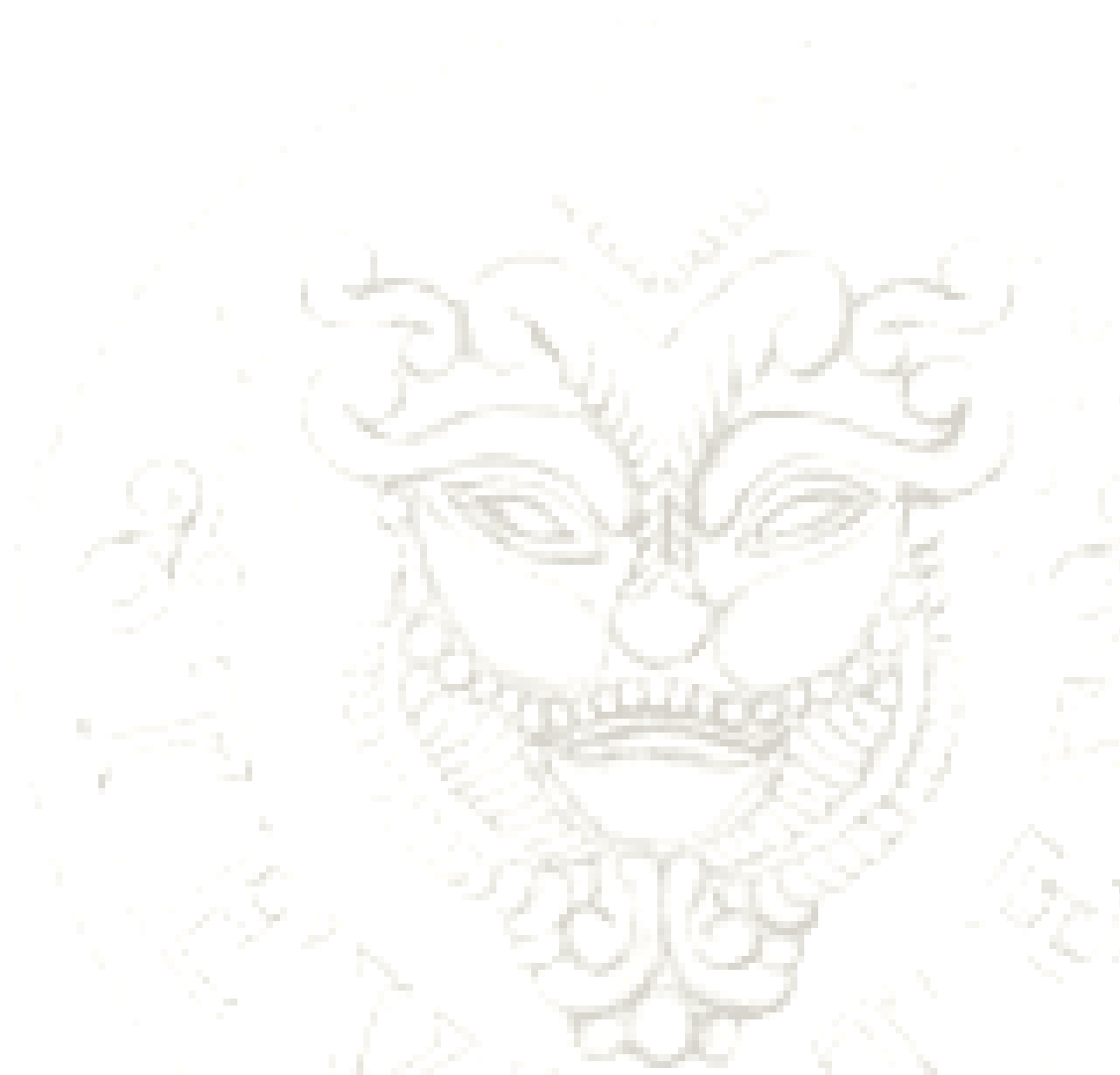
daniel mainguy, professeur à la faculté de droit de montpellier

regis fabre, maître de conférence à la faculté de droit de Montpellier, avocat, managing partner de bakermckenzie

hughes kenfack, professeur à la faculté de droit de toulouse

malo depincé maître de conférences à la faculté de droit de montpellier





Etudes

Traduction et invitation à un nouvel éclairage à propos de l'article « The Path of Law » d'Oliver Wendell Holmes

Cathie-Sophie Pinat, Doctorante contractuelle à la faculté de droit de Montpellier

C'est un peu tard que mon regard de jeune chercheur s'est porté sur une traduction de l'article « The Path of Law » d'Oliver Wendell Holmes Jr réalisée par Françoise Michaut¹. C'est en effet seulement après avoir terminé ma propre traduction de l'article, suite à deux semaines de travail intensif en collaboration avec le centre de langues de ma faculté que j'en ai pris connaissance. Le temps de la déception et de l'introspection nécessaire étant révolu, je prends le parti de soumettre ma version à la communauté scientifique et plus encore, de lui proposer un éclairage singulier qui, à ma connaissance (la prudence est désormais de mise), n'a pas encore été envisagé. Commençons par présenter l'auteur.

Oliver Wendell Holmes Jr. (8 mars 1841 - 6 mars 1935) est le fils de l'écrivain et physicien Oliver Wendell Holmes. La richesse et la variété de son expérience juridique sont sûrement à l'origine des idées novatrices que l'auteur nous dévoile dans ses écrits académiques. Holmes est diplômé de l'université d'Harvard en 1861 et commence sa carrière comme avocat au barreau de Boston en 1866. En 1881, il accepte de diriger la rédaction de l'*American Law Review* et devient professeur de droit à la *Harvard Law School*. Un an plus tard, il quitte son poste d'enseignant considérant qu'il ne lui offre pas les clés « pour l'épanouissement d'une vaste réflexion théorique »² et devient juge à la Cour Suprême du Massachusetts avant d'être nommé en 1902, par le président T. Roosevelt, à la Cour Suprême des Etats-Unis où il exercera jusqu'en 1932. Les opinions progressistes qu'il a soutenues, dans de nombreuses affaires en opposition à une

¹ O. WENDELL HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, n°10, pp. 457-478 trad. par F. MICHAUT in *Cliothémis*, revue électronique d'histoire du droit, n°2, nov. 2009.

² S. HENNETTE-VAUCHEZ-Vauchez, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Sous la dir. d'O. CAYLA et J.-L. HALPERIN, Dalloz, 2008, p. 280.

opinion majoritaire qu'il qualifie de réactionnaire, ont profondément marqué l'histoire judiciaire américaine et lui ont valu le qualificatif de « grand dissident ». Il reproche à la voix majoritaire d'« essayer de maintenir par un activisme judiciaire appliqué à la Constitution une organisation essentiellement de *laisser-faire* pour la vie économique et sociale de l'Amérique. L'opposition de Holmes à la *Old Court* s'exprimait toujours comme une opposition technique — une objection en effet à l'activisme judiciaire au nom de la nouvelle doctrine de l'autolimitation (*selfrestraint*)³. Autrement dit, il postule que le juge n'a pas à renverser des législations sur le fondement de la Constitution dans la mesure où elles sont pourvues d'une légitimité dont les juges ne peuvent se prévaloir.

Holmes est également un théoricien du droit qui marque profondément la doctrine par l'originalité et l'audace de ses positions intellectuelles⁴. Pour beaucoup, il est considéré comme le père du réalisme juridique américain en ce qu'il contrarie assez radicalement la logique déductive pour lui préférer le recours à l'interdisciplinarité dans la compréhension du droit. Le recours à la sociologie, à l'histoire et bientôt à l'économie⁵ apparaît alors comme incontournable et l'on pressent déjà comment sa pensée constituera la base du mouvement réaliste qui fleurira tout au long du XXe siècle dans les universités américaines. Ainsi, d'éminents réalistes, comme Roscoe Pound, utiliseront volontiers ses écrits pour légitimer leurs propres théories.

S'il n'est pas contestable qu'ils développent communément une méfiance à l'égard de la logique et de l'isolement caractéristiques de la science juridique, ils prennent en revanche leur distance sur la place à accorder au juge. Primordial et autosuffisant pour expliquer ce qu'est le droit chez les réalistes, le rôle du juge est doublement relativisé chez Holmes. D'une part, il accorde une importance au rôle du législateur, qui ressort principalement de son comportement judiciaire, lorsqu'il soutient fréquemment la constitutionnalité des lois et plaide en faveur d'une autolimitation. Il insiste par ailleurs dans ses écrits sur la légitimité de l'organe législatif par opposition à l'organe judiciaire. D'autre part, il confère une importance considérable au rôle de l'avocat. Ily est décrit comme l'acteur central du système juridique chargé de prédire le droit.

Cette description, loin de relever du domaine idéal trouve au contraire un sérieux écho en droit positif. Dans un arrêt retentissant du 14 mai 2009, la Cour

³ E. Mc WHINNEY, « Conflits philosophiques dans la Cour Suprême des États-Unis. Le dilemme sur l'élaboration d'une politique jurisprudentielle », trad. par A. FRENKEL, RIDC, Vol. 7, n°2, Avril-Juin 1955, pp. 281-295.

⁴ V. les deux travaux majeurs de l'auteur : O. W. HOLMES, *The Common Law*, Londres Macmilan, 1881 ; « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, n°10, pp. 457-478.

⁵ « Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme des principes fondamentaux peut être l'homme du présent, mais l'homme de l'avenir est celui de la statistique doté d'une parfaite maîtrise de l'économie » in « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, n°10, p 464, trad. par nos soins.

de cassation a retenu la responsabilité d'un avocat à l'égard de son client car il avait omis d'invoquer un moyen consistant à étendre à la cause un revirement de jurisprudence issu d'un arrêt rendu en Assemblée Plénière⁶. Fondée sur l'obligation de compétence du praticien, cette solution a fait couler beaucoup d'encre⁷. Elle était pourtant prévisible (sic) au regard de l'arrêt rendu quelques mois auparavant condamnant un avocat qui avait omis, lors de la rédaction d'un acte, de prendre en compte un revirement prévisible de la jurisprudence⁸. Autrement dit, les juges imposent à l'avocat un double devoir de distinction lorsqu'il étudie le droit positif. D'une part, il doit distinguer le revirement prévisible du revirement imprévisible et, d'autre part, il doit tracer la frontière entre les situations qu'a vocation à régir un revirement et celles qui ne le concernent pas. S'il vrai que ces délimitations s'avèrent difficiles à appréhender comme le soulignent de nombreux commentateurs, ces deux arrêts sont doublement remarquables.

Qu'elle soit niée, admise à demi-mot, ou clairement reconnue par la doctrine⁹, la création du droit par le juge ne fait plus de doute. En imposant à l'avocat d'étudier attentivement et de prévoir ses revirements, la Cour de cassation s'érige *de facto* en source créatrice du droit.

Plus loin encore, en sollicitant de l'avocat une faculté d'anticipation, elle le propulse au rang de prédicteur. Du latin *praedicere*, le prédicteur est celui qui dit avant une chose qui arrivera après. L'avocat serait alors celui qui dit avant le juge, ce qui sera ensuite repris et transformé en droit positif. Cent vingt trois ans auparavant, Oliver Wendell Holmes donnait une définition du droit - « Le droit correspond, à mon sens, aux prédictions de ce que les tribunaux décident » - qui mérite de faire honneur à l'article dans lequel elle se trouve, ici traduit.

⁶ 1^{ère} civ., 14 mai 2009, n° 08-15.899, *Bull. Civ. I*, 2009, n°92.

⁷ V. not., H. SLIM, JCP 2009, n° 28, p. 15 ; Y. AVRIL, *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2009, p. 9 ; Y. DAGORGNE-LABBE, LPA, 28 août, 2009 ; J.-F. BARBIERI, LPA, 10 août 2009 ; S. HOCQUET-BERG, RCA 2009. Comm. 219 ; P. DEUMIER, RTD Civ. 2009, p. 493 ; P.-Y. GAUTIER, RTD Civ. 2009 p. 744.

⁸ Civ., 1^{ère}, 5 févr. 2009, n°07-20.196, *Bull. Civ. I*, 2009, n°21.

⁹ V. not. P. DEUMIER, op. cit., « La jurisprudence n'en finit pas de parler d'elle-même, après des décennies d'un silence pudique sur sa fausse non réalité », p. 493.

Harvard Law Review
25 mars 1897

LE CHEMIN DU DROIT [\[FN1\]](#).

Oliver Wendell Holmes

Lorsqu'on étudie le droit nous n'étudions pas un mystère mais une profession bien connue. Nous étudions ce que nous voudrions dans l'assignation à comparaître devant les juges, ou nous conseillons les clients de manière à ce qu'ils évitent la voie judiciaire. La raison pour laquelle c'est une profession, la raison pour laquelle les gens paient les avocats pour être défendus ou conseillés, réside, dans une société comme la nôtre, dans l'ordre émanant de la force publique de faire confiance aux juges dans certains cas, et dans l'importance accordée à la force de l'état, qui, lorsque c'est nécessaire, se charge de mettre en œuvre leurs jugements et leurs injonctions. Les gens veulent savoir dans quelles circonstances et dans quelles mesures ils encourront le risque d'agir contre plus fort qu'eux, et partant, cela devient une activité de découvrir à quel moment ce risque est redoutable. L'objet de notre étude, donc, est une prédiction, la prédiction de l'importance de la force publique par le biais de l'instrumentalité des juridictions.

Les supports de cette étude sont un ensemble de recueils de jurisprudence, d'ouvrages savants et de lois, présents dans ce pays et en Angleterre, étendus sur une période de 600 ans, et augmentant désormais annuellement par centaines. Dans ces documents sibyllins sont réunies des prophéties éparpillées du passé concernant des affaires dans lesquelles le couperet tombera. Elles sont, ce que nous pouvons convenablement appeler, les oracles du droit. Ainsi, le sens le plus important et quasiment le sens unique de tout nouvel effort de la pensée juridique est de rendre ces prophéties plus précises, et de les généraliser en un système d'ensemble approfondi. Le processus est unique, il faut prendre une conclusion d'avocat, éliminer tous les éléments relatifs à l'histoire du client qui l'habille, et ne retenir que les éléments juridiques jusqu'à l'obtention d'analyses finales et d'universalités abstraites de jurisprudence théorique. La raison pour laquelle un avocat ne mentionne pas que son client portait un chapeau blanc lorsqu'il qu'il concluait un contrat, alors que Mme Quickly se serait assurément appesantie sur ce fait avec un coupe dorée à la main et un feu de cheminée, c'est qu'il prévoit que la force publique agira de la même manière que son client ait un

chapeau blanc sur la tête ou pas. C'est d'ailleurs pour rendre les prédictions plus faciles à garder à l'esprit et à comprendre que les enseignements relatifs à la jurisprudence sont dispensés en termes généraux et rassemblés dans des manuels, ou que les lois sont adoptées en forme générale. Les droits et les obligations contractuels qui occupent la jurisprudence ne sont rien d'autre que des prophéties. L'un des effets pervers de la confusion entre le droit et la morale, sur laquelle je reviendrais plus tard, est que la théorie parvient à mettre la charrue avant les bœufs, en considérant qu'un droit ou un devoir peut exister indépendamment et en dehors des conséquences de sa violation, laquelle serait sanctionnée par la suite. Mais, ce que je vais tenter de prouver, c'est qu'une obligation légale, ainsi nommée, n'est rien d'autre qu'une prédiction que si un homme fait ou omet de faire certaines choses, il le paiera de telle ou telle façon par une décision judiciaire ; – peu importe qu'il existe ou non un droit légal.

Le nombre de nos prédictions dès lors qu'elles sont généralisées et réduites en un système n'est pas inimaginablement grand. Elles se présentent comme un nombre déterminé de dogmes qui peut être maîtrisé dans un temps raisonnable. C'est une énorme erreur d'être effrayé par le nombre croissant de cas judiciaires. Les décisions d'une juridiction donnée au cours d'une génération reprennent quasiment tout le corpus du droit et le réaffirment d'un point de vue actuel. Nous pourrions reconstruire le corpus à partir d'elles si tous ce qui était intervenu avant était brûlé. La technique du précédent est principalement historique, une habitude sur laquelle je je reviendrai avant d'avoir terminé.

J'aimerais, si je le peux, établir quelques principes élémentaires pour l'étude de ce bloc théorique ou de prédiction systématisé qu'on appelle le droit, pour ceux qui veulent l'utiliser comme instrument de travail pour leur permettre de prédire à leur tour, et, comme attrait à l'étude, j'aimerais indiquer un idéal que notre droit n'a pas encore atteint.

La première chose pour une bonne compréhension de la question est de saisir ses limites, je pense qu'il est immédiatement souhaitable de signaler puis de chasser une confusion entre la morale et le droit, qui se hisse parfois à la hauteur d'une théorie consciente, et qui plus souvent vient continuellement nous troubler dans les moindres détails sans que l'on s'en rende compte. Vous pouvez très simplement comprendre qu'un homme mauvais a autant de raison qu'un homme bon de vouloir éviter un affrontement avec la force publique, et vous pouvez donc comprendre l'importance pratique de la distinction entre la morale et le droit.

Un homme qui se fiche d'une règle morale qui est intégrée et suivie par ses voisins s'intéressera néanmoins toujours à un bon marché pour éviter d'avoir à payer de l'argent, et voudra échapper à la prison s'il le peut.

Je considère comme acquis le fait qu'aucun de mes lecteurs n'interprètera ce que j'ai à dire comme un langage cynique. La loi est le témoin et la garantie extérieure de notre vie morale. Son histoire est l'histoire du développement moral de l'espèce humaine. Son respect, en dépit des plaisanteries populaires, tend à faire de bons citoyens et des hommes bons. Quand je mets en lumière la différence entre la loi et la moralité, je le fais dans une seule finalité, qui est l'étude et la compréhension du droit. Dans cette finalité vous devez obligatoirement maîtriser ses caractéristiques principales, et c'est à cette fin que je vous demande de rester indifférent aux éléments extérieurs et plus vastes que le droit.

Je ne dis pas qu'il n'existe pas un point de vue plus large à partir duquel la distinction entre la loi et la morale apparaît subsidiaire ou sans importance, tout comme les théories mathématiques disparaissent en présence de l'infinité. Mais je tiens à dire que cette distinction est de la première importance pour l'objet ici examiné, – une analyse juste et maîtrisée du droit comme une activité avec des limites bien comprises, une théorie d'ensemble aux bornes bien définies. Je viens juste de démontrer les justifications pratiques de cette distinction. Si vous voulez connaître le droit et rien d'autre, vous devez le regarder à travers les yeux d'un homme mauvais qui s'intéresse uniquement aux conséquences matérielles que cette étude lui permet de prédire, non à travers les yeux d'un homme bon, qui se conduit, non en fonction de ce qu'autorise ou non le droit, mais conformément aux sanctions imprécises de sa conscience. L'importance théorique de la distinction n'est pas des moindres si vous voulez bien raisonner sur ce sujet. Le droit est empli d'une terminologie issue de la morale, et la force de ce langage est telle qu'il nous invite constamment à passer d'un domaine à l'autre sans qu'on puisse s'en rendre compte sauf si nous traçons continuellement la frontière dans notre esprit. La loi traite de droits, d'obligations, de malveillance, d'intentionnalité, de négligence, etc., et rien n'est plus facile, ou devrais-je dire plus commun, dans le raisonnement juridique, que de donner à ces termes une signification morale, au soutien d'une argumentation, et donc une signification erronée. Par exemple, quand on parle des droits de l'homme dans un sens moral, on cherche à déterminer les limites de l'interférence avec la liberté individuelle dont on pense qu'elles sont prescrites par la conscience, ou par un idéal, quelque soit la manière dont on y parvient. Oui, il est sur que de nombreuses lois appliquées dans le passé, dont certaines sont encore probablement en vigueur aujourd'hui, ont été condamnées par l'opinion la plus éclairée de l'époque, ou considérées en tout cas, comme dépassant la limite de l'ingérence communément acceptée.

Manifestement, donc, supposer que les droits de l'homme dans un sens moral

correspondent aux droits de l'homme au sens juridique, tels qu'entérinés par la Constitution ou la loi n'est rien d'autre qu'une confusion de l'esprit. Il ne fait aucun doute qu'une loi, dans un cas extrême, ne saurait être adoptée par la force publique, même en l'absence d'interdictions constitutionnelles écrites, si elle se heurtait à la rébellion et à la lutte sociale. Cela rend donc plausible l'idée selon laquelle la loi n'intègre pas la morale mais qu'elle est limitée par la morale. Mais cette limite de pouvoir n'a pas la même force dans chaque système de moralité. Parfois la morale aura un effet moindre, parfois un effet amplifié pour des raisons qui tiennent aux habitudes d'une population à une période déterminée. Une fois, j'ai entendu le professeur Agassiz dire que la population allemande s'insurgerait si on augmentait le prix d'un verre de bière de deux centimes. Une loi dans un tel cas serait vide de sens, non pas car elle serait fautive, mais parce qu'elle ne pourrait être imposée. Personne ne niera que de mauvaises lois peuvent être et sont appliquées, et nous ne serions d'ailleurs pas tous d'accords sur la question de savoir lesquelles sont mauvaises ou bonnes.

La confusion que je suis en train de traiter assaillit ouvertement les théories juridiques. Prenez la question fondamentale : de quoi est constitué le droit ? De nombreux auteurs vous répondront que le droit est différent de ce qui est décidé par les juridictions du Massachusetts ou d'Angleterre, qu'il est un système de raison, c'est-à-dire que c'est une déduction faite à partir de principes moraux ou d'axiomes approuvés ou je ne sais quoi encore qui peuvent coïncider ou non avec les décisions judiciaires. Mais si nous prenons le point de vue de notre ami, l'homme mauvais, nous réaliserons qu'il se moque des axiomes ou déductions mais qu'il veut concrètement savoir ce que les tribunaux du Massachusetts ou d'Angleterre vont probablement décider. Je suis pour une bonne partie de son avis. Le droit correspond, à mon sens, aux prédictions de ce que les tribunaux décident effectivement, rien de plus prétentieux.

Prenez à nouveau une notion juridique qui est communément admise dans sa conception la plus large, celle de l'obligation légale que j'ai déjà évoquée. Nous remplissons le concept avec tout le contenu que nous puisons de la morale. Mais qu'est-ce qu'elle signifie pour l'homme mauvais ? Principalement, et premièrement, une prédiction selon laquelle s'il se comporte d'une certaine manière, il sera soumis à des conséquences désagréables tels que l'emprisonnement ou le paiement forcé d'une somme d'argent. Mais de son point de vue, quelle peut être la différence entre être condamné à une amende et être taxé pour avoir fait une certaine chose ? Son point de vue repose sur l'examen des principes juridiques dévoilé par les nombreuses discussions portées devant les juridictions autour de l'unique question de savoir si telle responsabilité légale entraîne une pénalité ou une taxe. La réponse à cette question dépendra de la

décision au terme de laquelle la conduite sera jugée juridiquement mauvaise ou bonne et également si l'individu a été libre ou contraint. En laissant de côté le droit pénal, quelle est la différence entre la responsabilité relevant de la loi autorisant un pouvoir d'expropriation pour cause d'utilité publique et la responsabilité pour détournement fautif et irrémédiable d'un droit de propriété ? Dans les deux cas, la partie en prenant la propriété de l'autre partie doit lui verser un juste prix évalué par un jury, et pas plus. Quelle différence significative existe-t-il entre une bonne et une mauvaise appropriation d'un droit d'autrui du point de vue de la loi ? Cela n'a aucune importance dans la mesure où la conséquence est identique : un paiement obligatoire, que l'acte auquel il est attaché soit réprouvé ou salué, que la loi prétende l'interdire ou l'autoriser. Si cette réprobation compte encore pour l'homme mauvais, c'est uniquement dans l'hypothèse où d'autres inconvénients, ou du moins d'autres conséquences, sont attachés à l'acte réprouvé par la loi. Ces autres désavantages auxquels j'ai déjà pensé sont à rechercher dans deux thèses juridiques insignifiantes dont on pourrait aisément s'abstenir. La première consiste à considérer qu'un contrat en vue de faire un acte prohibé est illégal, et la seconde, consiste à interdire à celui des deux ou plusieurs malfaiteurs tenus de payer l'intégralité des dommages-et-intérêts de recourir au soutien des autres responsables. Et je pense que c'est tout. Vous voyez comment les contours vagues de la notion d'obligation se rétrécissent et deviennent parallèlement plus précis lorsqu'on la nettoie à l'acide cynique pour extraire tout ce qui dépasse l'objet de notre étude – les opérations du droit.

La confusion entre le droit et la morale n'est nulle part plus manifeste qu'à l'endroit du droit des contrats. Entre autres choses, là encore les droits et obligations contractuelles sont investis d'une signification mystique qui peut être attribuée et expliquée. L'obligation de rester dans les liens contractuels, en Common Law, correspond à la prédiction selon laquelle il vous faudra payer une compensation si vous voulez en sortir – et rien d'autre. Si vous commettez un délit, vous êtes tenu de payer une somme compensatoire. Si vous commettez un contrat, vous devez payer une compensation sauf si l'évènement promis s'est réalisé, c'est la seule différence. Mais une telle façon de voir la question pue aux narines de ceux qui trouvent avantageux d'obtenir le plus de moralité possible par le biais du droit. Ce point de vue a en revanche été considéré par Lord Coke, et en cela, et pour de nombreuses autres raisons, je suis satisfait de partager la même analyse que lui.

Dans l'affaire Bromage c/ Genning,[\[FN2\]](#) une interdiction a été recherchée devant la Cour du Roi contre une action aux frontières galloises en exécution d'engagement stipulé dans une garantie de bail, et Coke expliquait que cela

reviendrait à renverser l'intention du promettant qui peut avoir deux intentions différentes, soit payer des indemnités au demandeur soit exécuter le bail. Le sergent Harris, pour le demandeur, a avoué qu'il a agit contre sa conscience, et une interdiction a été accordée. Ce cas va plus loin que là où nous devrions aller maintenant, mais il témoigne de ce que je veux dire sur le point de vue de la Common Law depuis le départ, bien que M. Harriman, dans son petit ouvrage très respectable de droit des contrats, s'est fourvoyé, comme je le pense humblement, en retenant une conclusion différente.

J'ai uniquement traité de la Common Law, parce qu'on y trouve plusieurs cas pour lesquels une justification logique peut être recherchée par rapport aux responsabilités civiles en imposant des obligations dans un sens intelligible. Il existe relativement peu de cas dans lesquels l'équité autorisera une injonction, et la fera respecter par l'incarcération du défendeur ou par une autre punition à moins que celui-ci se conforme à l'ordre émanant de la juridiction. Mais je n'ai pas jugé opportun de dessiner une théorie générale à partir d'exceptions, et j'ai pensé plus judicieux d'arrêter complètement de nous troubler à propos des droits contractuels et des sanctions décrire plutôt nos prédictions relatives aux responsabilités communément imposées par le droit en ces termes impropres.

J'ai mentionné, pour illustrer l'utilisation par le droit de termes puisés dans la morale, l'intention de nuire, l'intention, et la négligence. Il suffit de prendre l'exemple de l'intention de nuire tel qu'il est employé par le droit de la responsabilité civile pour fautes - et ce que nous autres, les juristes appelons le droit de la responsabilité civile délictuelle, pour vous montrer que cela veut dire quelque chose de différent en droit de ce que cela veut dire pour la morale, et aussi pour vous montrer comment la différence a été obscurcie par des références à des principes qui ont peu ou rien à voir avec cette notion. Il y a trois cent ans, un pasteur qui prêchait un sermon a raconté une histoire tirée du livre des Martyrs de John Foxe d'un homme qui avait assisté à la torture de l'un des saints, après quoi il mourut, souffrant d'un tourment intérieur compensatoire. Il se trouve que Foxe avait tort. L'homme en question était encore en vie et entendit par hasard le faux sermon, il décida de poursuivre le pasteur. Le président de la Cour Suprême donna au jury pour directive de déclarer irresponsable le défendeur, parce que son histoire avait été racontée de manière innocente, sans malveillance. Le président a donc pris l'intention de nuire dans son sens moral, comme celui d'une motivation malveillante. Mais, de nos jours, plus personne ne doute qu'un homme puisse être responsable, sans aucune intention malveillante, pour fausses déclarations manifestement délibérées en vue d'infliger un dommage. En exposant le cas lors d'une plaidoirie, on pourrait toujours qualifier la conduite du défendeur de malicieuse, mais, à mon sens, au moins, le terme

d'intention de nuire n'a rien à voir avec les motivations, voir avec l'attitude du défendeur pour l'avenir, mais signifie simplement que la façon dont il s'est conduit a causé à au demandeur un dommage temporel.[\[FN3\]](#)

En droit des contrats, l'utilisation de la phraséologie morale a conduit à une confusion identique, comme je l'ai déjà partiellement montré, mais seulement en partie, les considérations morales concernent l'état de conscience effectif d'un individu, ses intentions réelles. Cette façon de penser a affecté le langage juridique en droit des contrats de l'Epoque romaine à nos jours, et ce langage a également réagi sur la pensée juridique. Nous parlons du contrat comme d'une rencontre de la volonté des parties, ce qui implique que dans de nombreux cas il n'y ait pas de contrat car leurs volontés ne se sont pas rencontrées; cela peut être, parce qu'elles n'avaient pas les mêmes intentions ou parce qu'une partie n'avait pas eu connaissance du consentement de l'autre. Pourtant, rien n'est plus certain que la possibilité pour des parties d'être liées par un contrat à exécuter des choses qu'elles n'ont jamais souhaité initialement, et même lorsqu'une partie ignorait le consentement de l'autre. Admettons qu'un contrat soit exécuté en bonne et due forme, et rédigé par écrit ayant pour objet de faire une conférence, sans que soit mentionnée sa date. L'une des parties pense que la promesse contenue dans le contrat sera interprétée comme se réalisant tout de suite dans un délai d'une semaine. L'autre pense en revanche que la promesse sera exécutée une fois qu'elle sera prête pour la réaliser. La juridiction décide que cette promesse doit être exécutée dans un délai raisonnable. Les parties sont liées par le contrat tel qu'il est interprété par le juge même si aucune des parties n'a voulu dire ce que le juge a déclaré être ce qu'elles voulaient dire.

A mon sens, personne ne comprendra ou sera en mesure de comprendre la véritable théorie des contrats et ses questions fondamentales, jusqu'à ce qu'on comprenne que tous les contrats sont formels, qu'ils se forment, non pas par l'échange de deux volontés dans une intention commune, mais par la rencontre de deux systèmes de signes extérieurs, - non sur ce que les parties ont voulu dire d'identique, mais sur ce qu'elles ont dit d'identique. Par ailleurs, tous les signes peuvent être adressés par un sens ou par un autre - par la vue ou par l'audition- de la nature du signe dépendra le moment où le contrat est conclu. Si le signe est tangible, par exemple, une lettre, le contrat est conclu lorsque la lettre d'acceptation est délivrée. S'il est nécessaire que les volontés des parties se rencontrent, il n'y aura pas de contrat tant que l'acceptation n'aura pas été lue, - pas de contrat si l'acceptation est arrachée de la main de l'offreur par une tierce personne.

Ce n'est pas le moment de travailler sur une théorie dans le détail, ou de

répondre à de nombreux doutes évidents et à des questions qui sont suggérées par ses développements généraux. Je n'en connais aucune qui ne trouve facilement de réponse, mais ce que j'essaie de faire présentement consiste simplement à mettre de la lumière, par une série de conseils et d'astuces, sur le chemin étroit de la théorie juridique, et sur deux écueils qui, à mon sens, l'entourent dangereusement. Sur le premier écueil, j'en ai assez dit. J'espère que mes illustrations ont montré tout le danger qu'il y avait à confondre le droit et la morale pour les théoriciens et les praticiens, confusion qui devient un piège dans le langage juridique placé sur notre chemin du droit. Personnellement, je me suis souvent demandé s'il ne serait pas opportun de bannir du droit tous les mots à connotation morale et d'adopter des mots qui devraient traduire des idées juridiques sans aucune autre coloration que celle du droit. Nous devrions alors abandonner les souvenirs ancestraux d'une bonne partie de l'histoire et le rayonnement obtenu par des associations d'éthique, mais en nous débarrassant de cette confusion inutile nous obtiendrions beaucoup plus de la transparence de notre pensée.

Voilà pour les frontières du droit. Le prochain point que j'aimerais considérer est quelles sont les forces qui déterminent le contenu et la croissance du droit. Vous pouvez présumer, avec Hobbes et Bentham et Austin, que toute loi émane du souverain, même lorsque les premiers êtres humains qui l'énoncent sont les juges, ou vous pouvez penser que la loi est la voix de l'esprit du temps, ou ce que vous voulez. C'est du pareil au même pour mon objectif actuel. Même si chaque décision supposait la sanction d'un empereur au pouvoir despotique doté d'un esprit fantaisiste, il n'en reste pas moins que nous devrions chercher, dans notre dessein de prédiction, à découvrir un certain ordre, une explication rationnelle, et un principe de croissance pour les règles fixées par ce souverain. Dans chaque système, il existe de telles explications et principes à découvrir. C'est à leur propos qu'une seconde erreur surgit, que je trouve importante à exposer.

L'erreur à laquelle je me réfère est l'idée selon laquelle la seule force à l'œuvre dans l'évolution du droit est la logique. Prise dans un sens plus large, en effet, cette idée serait juste.

Le postulat à partir duquel nous pensons l'univers est qu'il y a une relation quantitative fixe entre chaque phénomène, ses antécédents et ses conséquences. Si un phénomène apparaît sans ces relations quantitatives fixes, alors c'est un miracle. Il est hors de la loi de cause à effet, et cela transcende notre pouvoir de réflexion, ou du moins, c'est quelque chose sur lequel ou à partir duquel il nous est impossible de raisonner. L'état de notre réflexion sur l'univers, c'est qu'il peut être pensé de façon rationnelle, ou, autrement dit, que chaque partie de l'univers est à la fois cause et effet dans une mesure qui nous apparaît la plus familière.

Alors dans le sens le plus large possible, il est vrai que le droit est un développement logique, comme tout le reste. Le danger auquel je fais référence n'est pas d'admettre que les principes qui régissent d'autres domaines régissent également le droit, mais d'admettre l'idée selon laquelle un système donné, comme le système juridique par exemple, peut être élaboré, comme les mathématiques, à partir d'axiomes généraux de conduite. C'est l'erreur faite par les facultés de droit, mais pas seulement elles. J'ai déjà entendu un juge éminent dire qu'il ne prenait jamais une décision avant d'être absolument certain d'avoir raison. Ainsi, l'avis judiciaire dissident est régulièrement blâmé, comme si cela signifiait simplement qu'un camp ou l'autre n'était pas parvenu aux bonnes conclusions et que s'il s'était donné un peu plus de mal l'unanimité aurait été inévitablement trouvée.

Ce mode de pensée est entièrement naturel. La formation des avocats est une formation à la logique. Les processus d'analogie, de discrimination, et de déduction sont ceux avec lesquels ils sont le plus familiers. Le langage de la décision judiciaire est essentiellement le langage de la logique. Et les méthodes de logique et de formalisme flattent le désir de certitude et de tranquillité propre à l'esprit humain. Mais la certitude n'est généralement qu'une illusion, et la tranquillité n'est pas dans le destin de l'homme. Derrière la forme logique se dévoile un jugement quant à la valeur relative et à l'importance de fondements législatifs concurrents, un jugement souvent désarticulé et inconscient, que se trouve portant être la racine même et le nerf de toute la procédure. Vous pouvez donner à n'importe quelle conclusion une forme logique. Vous pouvez toujours suggérer une condition dans un contrat. Mais pourquoi la sous-entendez-vous ? C'est à cause d'une croyance quant aux usages d'une communauté ou d'une classe ou à cause d'une opinion quant à la politique, ou, en bref, parce que vous n'êtes pas capable de résoudre cette question par des mesures quantitatives fixes, et donc pas capable de fonder votre suggestion sur des conclusions logiques. Ces questions constituent vraiment des champs de bataille où les moyens n'existent pas pour déterminer ce qui serait éternellement juste, et où la décision ne peut faire plus qu'incarner la préférence d'un corps donné dans un lieu et à une époque déterminés. Nous n'imaginons pas combien une grande partie de notre droit est amené à être reconsidérée après un léger changement d'attitude dans l'esprit du public. Aucune proposition concrète n'a d'évidence en soi, il importe peu de savoir si nous pouvons l'accepter, pas même la proposition de M. Herbert Spencer selon laquelle « tout homme a le droit de faire ce qu'il veut, tant qu'il n'interfère pas dans la liberté de son voisinage ». Pourquoi une déclaration fautive et injurieuse est-elle privilégiée, si elle a été livrée de manière honnête et qu'elle porte sur un domestique ? C'est parce qu'il a été considéré plus important qu'une

information soit donnée librement, plutôt qu'un homme soit protégé de ce qu'en d'autres circonstances on considérerait comme punissable.

Pourquoi un homme est-il libre de créer une entreprise dont il sait qu'elle va ruiner son voisin? C'est parce que le bien public est censé être favorisé par la libre concurrence.

Évidemment de tels jugements sont d'importance relative dans la mesure où ils peuvent varier dans le temps et dans l'espace. Pourquoi un juge donne des instructions au jury aux termes desquelles il faut penser qu'un employeur n'est pas responsable envers son employé pour une blessure subie dans le cadre du travail sauf en cas de négligence de sa part, et pourquoi le jury donne généralement droit à l'employé, si le cas leur est présenté. C'est parce que la politique juridique traditionnelle tend à confiner la responsabilité aux cas où un homme prudent aurait pu prévoir la blessure, ou au moins le danger, alors que l'inclinaison d'une très large partie de la communauté est de considérer que certaines catégories de personne doivent garantir la sécurité de celles avec lesquelles elles traitent.

Depuis que ces quelques mots ont été écrits, j'ai vu l'exigence d'une telle garantie devenir un objectif prioritaire dans le programme de l'une des meilleures organisations du travail. Il y a une dissimulation, une dispute à demi-consciente sur la question de la politique juridique, et si quelqu'un pense qu'elle peut être résolue par déduction, ou une fois pour toute, je peux simplement avancer qu'il a théoriquement tort et que je suis certain que cette conclusion ne sera pas acceptée dans la pratique *semper ubique et ab omnibus*.¹⁰

En effet, je pense qu'encore aujourd'hui notre théorie sur cette question est ouverte au réexamen, bien que je ne sois pas prêt à dire comment, je me déciderais si un réexamen était proposé. Notre droit de la responsabilité civile vient d'une vieille époque de délits isolés et éparpillés, d'agressions, de diffamations, etc., ... où les dommages-intérêts pouvaient être faussés sous le coup d'un jugement légal. Mais les délits avec lesquels nos tribunaux sont occupés quotidiennement sont principalement les incidents de quelques secteurs d'activités bien connues. Il s'agit d'atteintes à la personne ou aux biens par les chemins de fer, les usines, etc., ... La responsabilité les concernant est évaluée, et tôt ou tard, elle intègre le prix payé par la collectivité. C'est la collectivité qui paie réellement les dommages-intérêts, et la question de la responsabilité, aussi réduite soit-elle, est vraiment la question de savoir jusqu'où il est souhaitable que la collectivité garantisse la sécurité de ceux qui travaillent pour elle. On pourrait dire que dans de tels cas la chance pour qu'un jury se rallie au défendeur est infime, qu'elle viendrait de temps à autre interrompre arbitrairement le cours

¹⁰ Ce qui est admis par tous, partout et toujours.

normal du contentieux, souvent dans l'hypothèse d'un demandeur anormalement consciencieux, donc dans des cas plus faciles à évacuer. D'un autre côté, la valeur économique d'une vie pour la communauté peut être estimée, et l'absence de compensation financière peut vouloir dire qu'elle devrait aller au-delà du montant fixé. Il est tout à fait concevable, qu'un jour, dans certaines affaires, nous en revenions, d'un point de vue supérieur, à estimer le tarif d'une vie ou d'un membre comme pour les lois barbares.

Je pense que les juges eux-mêmes ont totalement échoué à reconnaître leur devoir de peser des considérations d'avantage social. Le devoir est inévitable, et le résultat de cette hostilité judiciaire régulièrement proclamée à la reconnaissance de telles considérations est simplement de nier les fondements-mêmes de jugements désarticulés, et souvent inconscients, comme je l'ai déjà dit.

Lorsque le socialisme a commencé à faire parler de lui, les classes aisées de la communauté ont été effrayées. Je soupçonne que cette crainte ait influencé l'action judiciaire, tant ici qu'en Angleterre, pourtant il est certain que cela n'a pas été un facteur conscient dans les décisions auxquelles je fais référence. Je pense que quelque chose de semblable a poussé les gens à ne plus placer d'espoir dans la possibilité de contrôler les législations et à se tourner vers les tribunaux en tant qu'interprètes de la Constitution, ce qui a entraîné la découverte par quelques juridictions de nouveaux principes en dehors du corps d'instruments existant, et qui ont été généralisés par l'adhésion à des doctrines économiques qui prévalaient il y a une cinquantaine d'années, et au moyen d'une condamnation totale par de l'idée selon laquelle un tribunal de juristes ne raisonne pas en pur droit.

Je ne peux pas m'empêcher de croire que si la formation des avocats était tournée vers une considération plus claire et plus affirmée de l'avantage social qui fonde et justifie la règle qu'ils emploient, ils douteraient davantage là où aujourd'hui ils sont confiants, et réaliseraient qu'ils prennent part à des questions brûlantes et sujettes à débats.

Voilà ce que je voulais dire des travers de la logique. Considérons maintenant l'état actuel du droit comme un sujet d'étude, et l'idéal vers lequel il tend. Nous sommes encore loin du point de vue que j'aimerais atteindre. Personne ne l'a atteint ou ne peut encore l'atteindre. Nous ne sommes qu'au début d'une réaction philosophique, et d'un réexamen de la valeur des doctrines qui pour la plupart, sont toujours prises pour acquises, sans aucune remise en question délibérée, consciente et systématique de leurs fondements. Le développement de notre droit se réalise depuis un millier d'années, tel le développement d'une plante, chacune des générations assurant inévitablement la relève, avec la matière et l'esprit qui lui a été légués, en obéissant simplement à la loi de la croissance spontanée. Il est parfaitement naturel et juste qu'il en soit ainsi. L'imitation est

une nécessité de la nature humaine, comme cela a été illustré par un remarquable écrivain français, M. Tarde, dans un livre admirable, «Les Lois de l'imitation ». La plupart des choses que nous faisons, nous les faisons pour la simple raison que nos pères les faisaient, ou parce que notre entourage le fait, et ceci est vrai pour une part de choses beaucoup plus conséquente que ce que nous le soupçonnons. La raison de cette attitude est bonne mais ce n'est pas la meilleure qui soit, nos courtes existences ne nous laissent pas le temps d'un mieux. Il ne s'en suit pas pour autant une obligation de prendre pour argent comptant ce qui nous a été légué, c'est-à-dire les règles sur lesquelles nous fondons notre action et notre pensée, ni une impossibilité pour chacun d'essayer de mettre un peu d'ordre dans un coin du monde, ni une impossibilité collective d'aspirer à mener des réflexions profondes et lointaines dans l'ensemble d'un domaine. En ce qui concerne le droit, il est vrai, sans doute, qu'un évolutionniste hésiterait à affirmer la validité universelle de ses idéaux sociaux, ou des principes qui selon lui devraient être incorporés dans la législation. Il se contente simplement de prouver qu'ils sont préférables ici et maintenant. Il est capable d'affirmer qu'il ne sait rien de ce qu'est le meilleur du cosmos, et même qu'il ne sait quasiment rien à propos d'un meilleur durable pour les hommes. Pourtant, il est vrai qu'un corpus de règles est plus rationnel et civilisé dès lors que chaque règle qu'il contient est au service de manière articulée et certaine d'une finalité, et lorsque les fondements expliquant cette fin sont arrêtés, ou prêts à être arrêtés par écrit.

A l'heure actuelle, dans de très nombreux cas, si nous voulons savoir pourquoi une règle de droit a pris sa forme particulière, et plus ou moins, si nous voulons savoir pourquoi elle existe ainsi, nous nous référons à la tradition. Nous suivons son existence dans les livres d'histoire, et peut-être au-delà dans les coutumes des francs saliens, ou quelque part dans le passé, dans les forêts allemandes, dans les besoins des rois normands, dans les aspirations d'une classe dominante, en l'absence d'idées générales, on recherche la raison pratique qui justifie le simple fait de son acceptation et de son application par les hommes. L'étude rationnelle du droit est encore ramenée, dans une large mesure, à l'étude de l'histoire. L'histoire doit être une partie de l'étude, parce que sans elle, nous ne pouvons pas connaître la portée exacte des règles qu'il nous faut connaître. C'est une partie de l'étude rationnelle, car elle est la première étape vers un scepticisme éclairé, qui conduit à une reconsidération délibérée de la valeur de ces règles. Lorsque vous voyez le dragon en dehors de sa grotte, vous pouvez compter ses dents et ses griffes, et mesurer sa force. Mais faire sortir le dragon n'est qu'une première étape. La deuxième étape consiste soit à le tuer, soit à l'appivoiser pour en faire un animal utile. Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme des principes fondamentaux peut être l'homme du présent, mais l'homme de l'avenir est celui

de la statistique doté d'une parfaite maîtrise de l'économie. Il est révoltant qu'une règle de droit soit justifiée par le fait qu'elle nous vienne de l'époque d'Henri IV. Ceci est encore plus révoltant lorsque les motifs passés qui justifiaient son existence ont aujourd'hui disparu et que cette règle continue d'exister par simple imitation aveugle du passé. Je pense à ce titre à une règle technique relative à l'atteinte immobilière *ab initio*, comme on l'appelle, que j'ai essayé d'expliquer dans une affaire récente qui s'est réalisée au Massachusetts [\[FN4\]](#).

Laissez-moi prendre un exemple, qui peut être exposé en quelques mots, pour montrer comment la finalité sociale qui est visée par une règle de droit est obscure et qu'elle est partiellement atteinte à cause du fait que la règle de droit doit son développement à l'histoire au lieu d'être remodelée dans son ensemble, par une prise en considération consciente et articulée de cette finalité. Nous pensons qu'il est préférable de prévenir l'intrusion d'un homme dans la propriété d'un autre, et ainsi nous considérons le vol comme un délit. Le mal est identique lorsque le vol est le fait d'un homme qui jouit de la propriété d'un autre homme, qui ce dernier ait autorisé ou non cette jouissance. Mais la faiblesse du droit primitif n'a pas permis de prévoir ce cas, et a fait de l'intrusion un élément de définition de l'atteinte immobilière. Récemment, les juges ont élargi un peu cette définition en estimant, que si le malfaiteur obtient la possession du bien immeuble par une autorisation ou autre chose, l'infraction est également consommée. L'exigence d'une intrusion a donc été abandonnée par les juges, et il aurait été plus logique, afin d'assurer fidélité et conformité à l'objet actuel de la loi, de renoncer totalement à cette exigence. Cela étant, cela aurait paru trop audacieux, et la condition a été conservée dans le texte de loi.

Les lois qui ont été adoptées font du détournement de fonds un délit. Mais la force de la tradition a poussé à distinguer le vol du détournement de fonds ce qui fait qu'à ce jour, dans certaines juridictions au moins, cette dissociation est maintenue pour les voleurs, s'ils sont inculpés pour vol, alors ils auraient du l'être pour détournement de fonds, s'ils sont inculpés pour détournement de fonds, ils auraient du être inculpés pour vol, c'est l'argument invoqué pour échapper à la justice.

Des questions fondamentales plus lointaines attendent encore une meilleure réponse qu'une simple imitation des solutions données par nos pères. Qu'est-ce que nous avons de mieux pour prouver que le droit pénal dans sa forme actuelle fait plus de bien que de mal ? Je n'arrête pas de me référer à l'effet que cela a eu en dégradant les prisonniers et en les plongeant plus loin encore dans la criminalité, ou la question de savoir si l'amende ou l'emprisonnement ne pèsent pas davantage sur l'épouse et l'enfant du criminel que sur le criminel lui-même. J'ai en tête des questions encore plus profondes. La peine est-elle dissuasive ? Ne

traitons-nous pas les criminels avec des principes qui leur sont propres. Une école moderne de criminalistes continentaux s'enorgueillit de la formule, d'abord suggérée, puis affirmée par Gall, selon laquelle nous devons considérer le criminel plutôt que le crime. La formule ne nous mène pas bien loin, mais les investigations qui ont été menées vont vers une réponse à mes questions basée pour la première fois sur la science. Si le criminel typique est un dégénéré, voué à escroquer ou à assassiner, animé par un profond besoin viscéral comme le serpent à sonnette commet des morsures, alors il est inutile d'envisager de l'en dissuader par la méthode d'emprisonnement classique. On doit s'en débarrasser, on ne peut pas le rendre meilleur ou l'effrayer en dehors de sa réaction structurelle. Si, d'un autre côté, le crime, comme une conduite humaine normale, est principalement un problème d'imitation, la punition peut justement l'empêcher de reproduire cette tendance. L'étude des criminels a été menée par quelques scientifiques bien connus pour leur soutien à la première hypothèse. Les statistiques relatives à l'augmentation des infractions qui prouvent qu'elles sont plus fréquentes dans les endroits peuplés comme les grandes villes, et que la contagion est plus lente dans les régions moins peuplées, ont été utilisées avec vigueur pour défendre le second point de vue.

Mais la croyance qui fait autorité est celle selon laquelle, quoiqu'il en soit, ce n'est « pas la nature du crime, mais la dangerosité du criminel, qui constitue le seul critère légal raisonnable pour guider la réaction de la société face à la criminalité » [\[FN5\]](#).

Les obstacles à la généralisation rationnelle, que j'ai illustrés à propos de la loi relative au vol, sont présents dans d'autres domaines du droit, pas uniquement en droit pénal. Prenez la loi relative à la responsabilité civile délictuelle en dehors de la responsabilité contractuelle... Existe-t-il une théorie générale de cette responsabilité, ou seulement des cas qui sont présents seulement pour être énumérés, et être expliqués isolément, comme il est facile de considérer que le droit d'action pour certaines catégories de délits civils, comme l'atteinte immobilière ou la calomnie, se justifie historiquement par des raisons propres à chacune de ces catégories?

Je crois qu'il y existe une théorie générale à découvrir, au lieu de se réfugier dans la tendance quoiqu'établie et acceptée. Je pense que le droit envisage la demande de dommages-intérêts comme acceptable si, dans les circonstances dont le défendeur avait connaissance, le danger de l'acte était manifeste, selon l'expérience commune, ou selon sa propre expérience si le cas est hors du commun, à l'exception des cas où, pour des motifs propres à la politique juridique, le droit refuse de protéger le demandeur ou accorde un privilège au défendeur [\[FN6\]](#). Je pense que la malveillance, l'intention ou la négligence veulent

seulement dire que le danger était manifeste à un degré plus ou moindre, dans des circonstances connues de l'auteur, alors que dans certaines circonstances de faveur, la malveillance peut signifier une intention réelle de nuire, et une telle motivation emporte pourtant une autorisation consciente de cause du tort qui serait autrement justifié par un fondement tiré de l'intérêt général dominant. Mais quand j'ai fait part de mon point de vue à un juge anglais très éminent l'autre jour, il a dit: «Vous parlez de ce que le droit devrait être, comme le droit est, vous devez vous référer à un droit existant. Un homme n'est pas responsable d'une négligence à moins qu'il ait été soumis à un devoir ».

Si notre désaccord était plus qu'un désaccord de mots ou en rapport avec la proportion à donner aux exceptions et aux principes, ensuite, de son point de vue, la responsabilité ne peut pas trouver une explication générale et suffisante dans une tendance manifeste de l'acte à causer un préjudice temporel, mais s'explique par la nature spéciale du préjudice causé, ou peut être dérivée de certaines circonstances spéciales extérieures à la tendance de l'acte, pour lequel aucune explication générale existe. Je pense qu'une telle approche est fautive, mais qu'elle est familière et généralement acceptée, si j'ose dire, en Angleterre.

Partout, le fondement des principes est la tradition, à tel point qu'on peut considérer comme dangereux de donner plus d'importance à l'histoire que ce qu'elle est.

L'autre jour, le professeur Ames a écrit un savant article pour montrer, entre autres choses, que la Common Law ne reconnaissait pas au défendeur le droit d'agir pour fraude lorsque l'action portait sur un acte authentique, et la justification semblerait être le caractère personnel de ce moyen de défense qui trouvait son origine dans l'équité. Mais si, comme je l'ai soutenu, tous les contrats sont formels, la différence n'est pas seulement historique, mais théorique, entre les vices de forme qui empêchent la réalisation d'un contrat, et les motivations fautives qui ne devraient manifestement pas être prises en considération dans un système qui nous considérerions comme rationnel sauf contre celui qui était au courant de ces motifs. Cela ne se limite pas à des applications spéciales, mais constitue une application universelle. Je dois ajouter que je ne pense pas que M. Ames serait en désaccord avec ce que je suggère.

Pourtant, si l'on considère le droit des contrats, on le trouve rempli d'histoire. Les distinctions entre une dette, une promesse, une rupture anticipée du contrat sont purement historiques. La classification de certaines obligations pécuniaires, imposées par la loi indépendamment de toute négociation comme les quasi-contrats, est purement historique. La doctrine de la contrepartie est simplement historique. Les effets donnés à un contrat authentique s'expliquent uniquement par l'histoire. – La contrepartie est une pure forme. Est-ce une forme utile? Si

oui, pourquoi ne devrait-elle pas être nécessaire dans tous les contrats? Un acte authentique est une pure forme, et en train de disparaître dans l'enchaînement des textes promulgués qui imposent l'existence d'une contrepartie, que l'engagement ait été authentique ou pas. Pourquoi est-ce qu'une distinction quelconque purement historique devrait être autorisée à porter atteinte aux droits et obligations des hommes d'affaires?

Depuis que j'ai écrit ce discours, j'en suis arrivé à un très bon exemple de la manière dont la tradition non seulement surpasse la politique rationnelle, mais la surpasse après l'avoir méconnue et lui avoir donnée une portée nouvelle plus large que celle qu'elle avait quand elle avait encore un sens. Il est constant en droit anglais qu'une altération matérielle dans un contrat écrit émanant d'une partie se retourne contre elle. La doctrine est opposée à cette tendance générale du droit. Nous ne disons pas à un jury que si un homme a déjà menti dans un cas particulier, il est présumé mentir dans tous les cas. Même si un homme a tenté de frauder, cela ne semble pas être une raison suffisante pour l'empêcher de prouver la vérité. Les objections sont de telle nature qu'elles portent sur la charge et non pas sur la recevabilité de la preuve. Par ailleurs, cette règle n'est pas propre à la fraude, ni confinée aux éléments de preuve. Ce n'est pas uniquement que vous ne pouvez pas utiliser l'écrit à titre de preuve, c'est que le contrat s'éteint. Qu'est-ce que cela signifie? L'existence d'un contrat écrit dépend du fait que le pollicitant et son partenaire aient échangé leur consentement écrit et non de l'existence continue de ces expressions. Mais dans le cas d'une obligation financière, la notion primitive avait une signification différente. Le contrat était indissociable du parchemin. Si un étranger le détruisait, déchirait l'accord, ou le modifiait, le créancier, n'ayant commis aucune faute, ne pouvait demander sa créance, parce que le contrat du défendeur, qui était le lien réel tangible de leur accord, n'avait pas pu être produit dans la forme qui l'avait lié. Il y a environ une centaine d'années, Lord Kenyon entreprit de raisonner à propos de cette tradition contractuelle, comme il le fit au détriment de la loi, incapable de la comprendre, il affirma qu'il ne voyait pas pourquoi ce qui était vrai à propos d'un contrat de cautionnement ne l'était pas pour tous les contrats. Sa décision s'est avérée être la bonne, elle portait sur un billet à ordre, envisagé de nouveau par la loi comme inséparable du document sur lequel il était écrit, mais le raisonnement étant général, il a rapidement été étendu aux autres contrats écrits, et des justifications absurdes et irréelles ont été inventées pour expliquer l'extension de cette solution. Je suis persuadé d'être incompris lorsque je parle du droit avec mépris, parce que je le critique librement. Je vénère le droit, et spécialement notre système juridique, en ce qu'il est l'un des plus vastes produits de l'esprit humain. Personne ne sait

mieux que moi le nombre incalculable de grands esprits qui ont passé leur existence à l'améliorer ou le compléter, mais le plus grand des esprits est insignifiant par rapport à la puissance de cet ensemble. Le droit doit être respecté en ce qu'il existe, en ce qu'il n'est pas un rêve hégélien, mais une partie de la vie des hommes. Mais on peut critiquer également ce que l'on respecte. Le droit est l'entreprise à laquelle ma vie est consacrée, et je dois faire preuve de moins de dévouement si je ne veux pas me mentir afin de l'améliorer, et, lorsque je perçois ce qui semble pour moi être un idéal de futur, alors je ne dois pas hésiter à le signaler et à m'accrocher à lui de tout mon cœur.

Il est possible que j'en ai dit assez pour démontrer l'importance que joue l'étude historique pour une étude intelligente du droit tel qu'il se présente actuellement. L'enseignement de l'Ecole de Cambridge ne risque pas d'être sous-évalué. M. Bigelow et M. Ames et M. Thayer ont apporté des contributions importantes qui ne seront pas oubliées, et en Angleterre, l'histoire récente du droit anglais par Sir Frederick Pollock et M. Maitland, a laissé à l'objet d'étude un charme presque trompeur. Nous devons nous méfier de l'erreur qu'il y a à aimer les vieilleries, et il faut se rappeler dans notre intérêt que le passé n'a d'intérêt que pour la lumière qu'il jette sur le présent. Je trépigne d'impatience à un moment où le rôle joué par l'histoire dans l'explication du dogme juridique devrait être très petit, et au lieu de mener des recherches ingénieuses, nous devrions dépenser notre énergie pour étudier les buts que l'on souhaite atteindre et les raisons pour lesquelles on souhaite les atteindre. Dans la marche vers cet idéal, je pense que chaque avocat doit chercher à comprendre l'économie. Le divorce actuel entre les écoles de l'économie politique et le droit me semble attester de l'ampleur des progrès qu'il reste à réaliser dans l'étude philosophique. Dans l'état actuel de l'économie politique, en effet, nous nous en remettons à l'histoire à une échelle encore plus grande, nous sommes appelés à considérer le poids des finalités du droit, le moyen de les atteindre, et leurs coûts. Nous savons que pour toute chose que nous avons, nous abandonnons autre chose, et on nous a formés pour peser l'avantage obtenu contre l'avantage perdu, et pour savoir ce que nous faisons lorsqu'on fait ce choix.

Il ya une autre étude qui est parfois sous-estimée par l'esprit pratique, sur laquelle je tiens à m'exprimer largement, pour lequel je tiens à dire un bon mot, même si je pense qu'on place sous cette étude un ensemble assez pauvre de choses. Je veux parler de ce qu'on appelle la jurisprudence. La jurisprudence, telle que je l'entends, c'est tout simplement le droit dans son acception la plus généralisée. Tous les efforts pour étirer un cas concret à une règle sont des efforts de la jurisprudence, bien que ce concept est limité en droit anglais aux règles les plus larges et aux conceptions les plus fondamentales. La marque d'un grand

avocat, c'est sa capacité à voir l'application d'une règle dans son acception la plus large. Il y a une plainte qui a été portée devant la justice de paix du Vermont par un agriculteur qui reprochait à un autre de lui avoir cassé sa baratte. La justice s'est penchée sur ce cas, après n'avoir trouvé aucune référence législative à la baratte, elle a rendu un jugement en faveur du défendeur. Le même état d'esprit se manifeste dans le Digeste et dans tous nos manuels. Les applications des règles rudimentaires du droit contractuel ou délictuel sont rangées sous des appellations telles que les Chemins de Fer et ou les Services Postaux, ou viennent grossir les manuels en subdivisions historiques telles que les Transports ou l'Équité, ou encore, elles sont regroupées sous un titre arbitraire qui est considéré comme susceptible d'attirer l'esprit pratique, telle que le droit économique. Si un homme choisit le droit, il a intérêt de le maîtriser c'est-à-dire de le regarder au travers de tous ces accidents dramatiques pour discerner le vrai fondement de la prédiction. Par conséquent, il est bon de donner une signification exacte de ce que vous entendez par le droit, par un droit, par une obligation, par intention de nuire, intentionnalité et négligence, par propriété, possession, et ainsi de suite. J'ai à l'esprit des cas dans lesquels les plus hautes juridictions me paraissent avoir échoué car elles n'avaient pas une idée claire sur ces notions. J'ai déjà illustré leur importance. Si une illustration plus poussée est souhaitée, elle peut être trouvée en lisant l'Annexe à la loi pénale de M. Ames Stephen à propos de la possession, et en se référant à l'ouvrage éclairé de Pollock et Wright. Sir James Stephen n'est pas le seul écrivain dont les tentatives pour analyser les idées juridiques ont été obscurcies par la recherche inutile des meilleurs éléments de tous les systèmes, au lieu de l'anatomie précise d'un seul. Le problème avec Austin était qu'il ne connaissait pas assez bien le droit anglais. Mais cela reste un avantage pratique de connaître Austin, et ses prédécesseurs, Hobbes et Bentham, et ses dignes successeurs, Holland et Pollock. Le livre récent de Sir Frédéric Pollock est marqué par la félicité qui caractérise tous ces travaux, et est totalement libéré de l'influence perverse des modèles romains.

Le conseil des aînés aux jeunes hommes est très enclin à être aussi irréaliste qu'une liste des cent meilleurs livres. J'ai reçu, un jour, de tels conseils, et j'élevé au premier rang des chimères, celui d'étudier le droit romain. J'imagine qu'il s'agit d'en tirer plus que quelques maximes latines pour orner les plaidoiries – le but pour lequel Lord Cork recommandait de lire Bracton. Si c'est le seul but poursuivi, alors l'ouvrage « *De regulis Juris Antiqui* » peut être lu en une heure. Je suppose qu'il est intéressant d'étudier le droit romain, il est intéressant de l'étudier comme une méthode de travail. Cela suppose de maîtriser un ensemble de techniques juridiques plus difficiles et moins compréhensibles que les nôtres, et étudier un cours différent de l'histoire qui suppose, plus que pour notre propre

droit, d'être expliqué. Si quelqu'un en doute, qu'il lise Keller « Der Römische Civil Process und die Actionen », un traité sur l'édit du préteur, ou plus intéressant, Muirhead, « Introduction historique au droit privé romain », et, pour qu'il ait les meilleures chances de comprendre, l'admirable ouvrage de Sohm « The institutes of Roman Law ». Non. Le moyen d'acquérir un regard libéral sur notre sujet n'est pas de lire autre chose, mais d'aller au fond du sujet lui-même. Pour ce faire, tout d'abord, il faut suivre le corps du droit positif dans ses généralisations les plus grandes à l'aide de la jurisprudence, ensuite, il faut découvrir à partir de l'histoire comment il est devenu ce qu'il est, et, enfin, autant que c'est possible, envisager les finalités poursuivies par plusieurs règles, les raisons pour lesquelles elles ont été souhaitées, ce qu'elles apportent, et si elles en valent le coût. Nous avons trop peu de théorie du droit plutôt que trop, particulièrement à propos de cette branche d'étude. Quand je parlais d'histoire, j'ai mentionné le vol à titre d'exemple pour illustrer comment la loi souffrait de ne pas faire figurer dans une forme claire une règle qui a vocation à atteindre son but explicite. Dans ce cas, la difficulté venait de la survivance de formes venant d'une époque pendant laquelle un objet plus limité était poursuivi. Permettez-moi maintenant de vous donner un exemple pour montrer l'importance pratique, pour la résolution des cas actuels, de la compréhension des raisons qui fondent une règle de droit, en prenant un exemple issu de règles, qui, pour autant que je le sache, n'ont jamais été expliquées ou théorisées sous quelques formes que ce soit. Je me réfère à la prescription et au droit de la prescription. La finalité de ces règles est explicite, mais quelle est la justification pour priver un homme de ses droits, un pur mal qui se développe à l'issue de l'écoulement d'une période déterminée? Tantôt, c'est la perte de la preuve qui est évoquée, mais c'est une question secondaire. Tantôt, on mentionne une paix opportune, mais pourquoi la paix serait plus souhaitée au bout de vingt ans que dans le passé? Il est de plus en plus fréquent d'y arriver sans le soutien de la législation. Parfois, il est avancé que, si un homme néglige de faire respecter ses droits, il ne peut pas se plaindre, si par la suite, la loi suit son exemple. Maintenant, si c'est tout ce qui peut être dit à propos de cette question, alors vous trancherez sûrement cette question en faveur du demandeur, si vous prenez en considération ce que je vais suggérer vous vous rallierez sûrement au défendeur. Un homme est poursuivi pour violation du droit de propriété, et se défend en invoquant un droit de passage. Il prouve qu'il a utilisé ce chemin ouvertement et sans résistance pendant 20 ans, le demandeur lui rétorque qu'il a octroyé une licence pour le passage à une personne dont il avait raisonnablement supposé être le représentant du défendeur, alors que ce n'était pas le cas en réalité, et, et avait donc considéré par cette confusion que l'utilisation de la voie était permissive, et que, dans ce cas, aucun droit n'était

acquis. Le défendeur a-t-il obtenu le droit ou pas ? Si sa réussite repose sur la faute de négligence imputable au propriétaire dans son sens commun, aussi commun qu'il puisse l'être, il n'y a pas une telle négligence, et le droit de passage ne devrait pas être reconnu. Mais si je devais être l'avocat du défendeur, j'aurais suggéré que le fondement de l'acquisition du droit par écoulement d'un laps de temps soit recherché du côté du défendeur et non du demandeur. M. Henry Maine a remis au goût du jour une connexion entre la notion archaïque de propriété et la prescription. Mais cette connexion est bien plus ancienne que le moment où elle a été mise en évidence. Elle est dans la nature de l'esprit humain. Une chose que vous avez appréciée et utilisée comme la vôtre pendant une longue période, qu'elle soit votre propriété ou non, s'enracine dans votre état et ne peut pas vous être arrachée sans que vous ressentiez la nécessité de vous défendre, une nécessité qui provient de ce senti. La loi ne peut pas trouver de meilleure justification que les instincts profonds d'un homme. C'est uniquement par votre façon de répondre à la question que vous décevrez le propriétaire initial, en vous référant à sa négligence ayant autorisé une dissociation progressive entre lui-même et sa demande, et une association progressive entre cela et une autre personne. S'il savait qu'un autre agissait devant ses yeux alors il est sur le point d'établir une telle association, je devrais défendre en justice l'obligation pour le propriétaire initial de rechercher si le tiers agissait ou non sous sa permission, de s'assurer qu'il était prévenu et de l'arrêter si nécessaire.

J'ai parlé de l'étude du droit, et je n'ai à peu près rien sur ce qui était enseigné à cet égard, les ouvrages et le système des précédents, et sur toute la manœuvre grâce à laquelle un étudiant vient spontanément à leur contact. Je ne dirai rien sur ce sujet. La théorie est mon affaire, pas les détails pratiques. Les modes d'enseignement ont été améliorés depuis mon époque, cela ne fait aucun doute, mais les aptitudes et l'assiduité permettent de maîtriser la matière première de n'importe quelle manière. La théorie est la partie la plus importante du dogme du droit, comme l'architecte est l'homme le plus important lorsqu'il participe à la construction d'une maison. Les améliorations les plus importantes des vingt-cinq dernières années sont des améliorations théoriques. Il ne faut pas craindre l'absence de pratique, car cela permet à une personne compétente d'aller au fond du sujet. Pour l'incompétent, il est parfois vrai, comme cela a été dit, que l'intérêt pour les idées générales renvoie à une absence de connaissance particulière. Je me souviens que pendant ma période militaire, un jeune qui, candidat à l'obtention du grade le plus bas et interrogé sur un exercice militaire d'escadron, avait répondu qu'il n'avait jamais envisagé les exercices où moins de dix mille hommes étaient engagés. Mais les personnes faibles et stupides doivent être abandonnées à leur folie. Le danger c'est que les esprits pratiques dotés de capacités sont

regardés avec mépris et méfiance dès lors qu'ils développent des idées distantes de leur domaine d'action. J'ai entendu une histoire, l'autre jour, à propos d'un homme qui avait un valet qu'il payé grassement, sauf déduction en cas de fautes. L'une de ces déductions était : « Pour un manque d'imagination, 5 dollars ». Ce défaut n'est pas propre aux valets. L'objet de l'ambition, qu'est le pouvoir, se présente uniquement sous une forme financière. L'argent en est la forme la plus immédiate et un objet propre au désir. « La fortune », a déclaré Rachel, « est la mesure de l'intelligence. ». Voici un bon texte pour réveiller les gens qui vivent dans un paradis de folie. Mais, comme le dit Hegel, [\[FN7\]](#) « Au final, ce n'est pas l'appétit, mais l'opinion qui doit être satisfaite ». C'est la force des idées et non l'argent qui permet d'imaginer la portée d'une forme ambitieuse du pouvoir. Si vous voulez des exemples de grands livres, voyez celui de M. Leslie Stephen « L'histoire de la pensée anglaise au XVIIIe siècle », et voyez comment une centaine d'années après sa mort, les spéculations abstraites de Descartes ont acquis une force pratique pour contrôler la conduite des hommes. Lisez les œuvres des grands juristes allemands, et voyez comment beaucoup plus de monde sont aujourd'hui contrôlés par Kant que par Bonaparte. Nous ne pouvons pas tous être Descartes ou Kant, mais nous aspirons tous au bonheur. Et le bonheur, j'en suis sûr, pour avoir connu de nombreux hommes qui ont réussi, ne peut être obtenu par le simple fait d'être conseil pour de grandes entreprises et d'avoir un salaire de cinquante mille dollars. Un grand esprit a besoin d'autres succès que le succès financier. Les aspects plus éloignées et plus généraux du droit sont ceux qui lui donnent un intérêt universel. C'est par leur truchement que vous deviendrez un grand juriste dans votre domaine, mais également que vous parviendrez à connecter votre sujet à l'universalité et saisir un écho de l'infini, un aperçu de son processus insaisissable, un soupçon du droit universel.

Notes :

[\[FN1\]](#). Discours prononcé par M. le juge HOLMES, de la Cour Suprême du Massachusetts, lors de l'inauguration d'une nouvelle salle à l'Université de droit de Boston, le 8 janv. 1897.

[\[FN2\]](#). 1 Roll. Rep. 368.

[\[FN3\]](#). V. [Hanson v. Globe Newspaper Co.](#), 159 Mass. 293, 302.

[\[FN4\]](#). [Commonwealth v. Rubin](#), 165 Mass. 453.

[\[FN5\]](#). Havelock ELLIS, "The Criminal," 41, citant Garofalo. V. aussi : FERRI, "Sociologie Criminelle," *passim*. Comp. avec Tarde, "La Philosophie Pénale."

[\[FN6\]](#). Un exemple du refus par le droit de protéger le demandeur est celui où il est empêché par un étranger d'utiliser une voie de passage importante, il a voyagé dessus sans autorisation (sans s'être acquitté du droit de passage) une semaine avant la fin du délai de prescription. Une semaine plus tard, il aurait obtenu un droit de passage, mais une semaine auparavant, il n'était qu'un intrus. Des exemples de privilège que j'ai déjà évoqués. L'un des plus probants est la concurrence en affaires.

[\[FN1\]](#). Phil. desRechts, § 190.

DISPONIBLES sur www.cdcm-montpellier.fr

Cahiers Teutates : 2012 1/1
2012 1/2
2012 1/3
2012 1/4
2012 1/5

Etudes Teutates : C. Alcalde, La distribution automobile, Etude juridique, 2012.